

DA AUDIÊNCIA PRELIMINAR DO ARTIGO 331 DO C.P.C.

Iara de Toledo Fernandes

*Procuradora do Estado de São Paulo, Mestra e Doutora em Direito pela PUC - SP,
Professora Doutora de Direito Processual Civil, nos Cursos de Graduação e Pós-
Graduação, latu sensu, da Faculdade de Direito de Bauru.*

No processo de Conhecimento, com a redação dada ao artigo 331 pela Lei 8952 de 13/12/94, transmutou-se do sistema da audiência una, com fases de conciliação, instrução e julgamento, para o sistema de audiência dual - uma específica para a conciliação, outra para a instrução.

O dispositivo traz algumas inquietações a nível interpretativo. Partindo do teor literal do mandamento legal ressuma ser obrigatória a audiência de conciliação (“... o juiz designará”), enquanto a audiência instrutória só será designada “... se necessário”. Pela obrigatoriedade da audiência se expressam Antônio Carlos Marcato¹, Cândido Rangel Dinamarco². Em sendo obrigatória a audiência conciliatória, como consequência natural, ter-se-á nulidade relativa? Se a relação processual estiver em grau de apelação, ou, vamos além, em terceiro

¹ “Breves notas sobre alteração introduzidas no código de Processo Civil”, pg.23

² “A reforma do Código de Processo Civil”, 2ª ed., Malheiros Editores, pg. 123/124

ou quarto grau de jurisdição (Tribunais de superposição), anulam-se todas as fases e atos processuais que ultrapassaram o momento processual do artigo 331? Ora, a questão não é meramente acadêmica, tendo reflexos efetivos na solução da lide. Dir-se-á: bem, se a causa está em grau de apelação, ou já a nível de solução às questões pertinentes à interpretação ou violação de lei federal ou questões constitucionais, há que se entender que não se põe mais temática conciliatória a exigir retrocedência do movimento processual. E mais, se se entender, se se visualizar ainda possibilidade de pleito conciliatório, por que não efetuá-lo nesses órgãos jurisdicionais colegiados? Esses dados primeiros de reflexão permitem um enfoque à temática com agarramento ao “direito vivo”, e não unicamente doutrinário-acadêmico. Assim, repergunte-se: haverá nulidade absoluta? Nulidade relativa? Não custa lembrar ser o nosso Código de Processo Civil dadivoso em tema de nulidade, tal o empenho do legislador em “salvar” os atos contaminados proposto nos artigos 243 a 250, ao ponto de poder-se redenominar esse capítulo de “Da inexistência de nulidade”, pecando, é claro, pelo exagero, mas, ninguém pode negar que a figura da nulidade (ou melhor, da “não nulidade”) no processo civil, corre em cima de dois trilhos: 1º atingimento da finalidade (art. 244), 2º inexistência de prejuízo (artigos 249 e 250). Encaixados neles, o ato processual não será nulo. No caso da audiência de conciliação, para por-se a nulidade no caso concreto, coloquem-se os “trilhos”. Encaixou? Então, não há nulidade (absoluta ou relativa). E se se desenhar o artigo 125, que deixa ao julgador a conciliação em qualquer fase procedimental, dificilmente não haverá encaixe ao “trilho” do “não prejuízo”. Como fecho da idéia, respondemos que por mais conflituosa que possa parecer, mesmo entendendo obrigatória a audiência do artigo 331, não haverá nulidade alguma a ser declarada. Sabemos que esta construção, por tão simplista, poderá parecer desvestida de cientificidade. Então, reflitamos dentro de espaço estritamente teórico-científico. Buscando a clássica teoria de Galeno de Lacerda, construída na obra “Despacho Seneador”, trabalhada similarmente como a do garimpeiro no localizar e revelar a pedra preciosa, na expressão feliz de Moniz de Aragão³, ter-se-á: a) nulidade absoluta quando prevalecerem fins ditados pelo interesse

³ “Comentários ao CPC”, 3ª ed., Vol. II, Editora Forense, pg. 331

público, sendo insanável o ato; b) nulidade relativa, ensina o mestre de Porto Alegre⁴, “quando, porém, a norma desrespeitada tutelar, de preferência, o interesse da parte, o vício do ato é sanável. Surgem aqui as figuras da nulidade relativa e da anulabilidade. O critério que as distingue repousa, ainda, na natureza da norma. Se ela for cogente, a violação produzirá nulidade relativa. “Como ela visa a proteger o interesse da parte, a consequência é que o vício poderá ser sanado. Daí decorre a faculdade de o juiz proceder de ofício, ordenando o saneamento, pela repetição ou ratificação do ato ou pelo suprimento da omissão” (...) “A anulabilidade, ao contrário, é vício resultante da violação de norma dispositiva. Por este motivo, como o ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício”.

Pois bem, enquadrando a audiência de conciliação como ligada à função jurisdicional, não será difícil adjetivar-se como presente “interesse público” no artigo 331, e, assim, nulidade absoluta haverá na não obediência a sua letra⁵. Nulidade absoluta, não aplicabilidade dos artigos 243, e 244 (princípio da instrumentalidade das formas), e 245 (princípio da preclusão).

Esse é o desenho teórico-científico, inegavelmente, correto. Entretanto, pensemos um pouco. Esse desenho correto responde aos princípios norteadores da reforma do C.P.C., entre outros os princípios da celeridade; da deformalização do processo, do processo afinado à sua teleologia, qual seja, “mero instrumento de vivificação do direito material”, do processo centrado no “consumidor de justiça” e não nos seus “operadores”? Responderá, ainda, ao princípio-mor, dogma da processualística moderna, da “Ordem Jurídica Justa”? Entendemos que não. A pureza doutrinária-científica, conquanto não possamos perdê-la de vista, aplicada ao artigo 331, dessintoniza o artigo a essa nova leitura da ciência processual civil. Fácil a demonstração. Trabalhemos um protótipo: interposta uma ação indenizatória, o juiz ao

⁴ “Despacho Saneador”, pg. 72/73

⁵ Esse o pensamento de Cândido Rangel Dinamarco: “Daí a **nulidade** do processo em que se omitir a audiência preliminar. Trata-se de nulidade absoluta, porque se resolve na violação de norma destinada ao bom e correto exercício da jurisdição, função estatal”.(op. at., pg. 124 - g. do autor).

deferir a petição inicial e determinar a citação, independentemente da fluência do prazo de resposta do réu, designa audiência conciliatória, invocando a permissibilidade do artigo 125. Realizada essa audiência, não concretizada a conciliação, e ficando patente para o juiz, ser quase impossível ela acontecer no envolver processual, e imaginando-se ainda, o “ir avante” procedimental com ou sem apresentação de réplica, ultrapassadas as fases das providências preliminares, do julgamento conforme o processo, do julgamento antecipado da lide, o juiz, agora já na fase do artigo 331, porque já realizada a anterior audiência conciliatória e existentes veementes indícios de não pacificação entre as partes e já requeridas provas orais em audiência, decide eventuais questões processuais pendentes, determina a realização de eventual prova pericial, já designando audiência de instrução e julgamento (agora com fulcro no artigo 448, onde se valerá, antecedentemente, novamente, da figura da conciliação. Não concretizada, sentença e a parte sucumbente, em suas razões de recurso, alega a nulidade absoluta pela ausência da conciliação do artigo 331. Ou ainda, o Tribunal, de ofício, porque nulidade absoluta, anula o procedimento, determinando o refazimento de mais uma conciliação, para obedecer a parte primeira do artigo 331. Pintado esse quadro processual perceptível o domínio das formas em prejuízo do direito material. Para obedecer um ditame processual legal, retarda-se, tumultua-se o procedimento. Mas, dir-se-á, é em prol da boa administração da justiça. Difícil explicar e fazer entender ao jurisdicionado. Ele quer pronta, célere solução do conflito. Quer ver o seu direito protegido, respeitado e não uma justiça retardatária com mais e mais convites a acordos (na hipótese desenhada três audiências). Onde a deformalização do processo? Onde, “*data venia*”, a busca de descomplexidade procedimental? Onde a centralização no consumidor de justiça? Onde uma ordem jurídica justa?

Parece-nos muito mais razoável, e não se poderá acoimar de ausência de cientificidade, enquadrar-se a maculação ao regramento da conciliação do artigo 331, como nulidade relativa. Assim, entendida a nulidade, deverá a parte alegá-la na primeira oportunidade, sob pena de não poder mais fazê-lo se for sucumbente.

Se atendida a finalidade, se não houve prejuízo, e haja vista a

realização de audiência após a fase de resposta da réu, também porque na fase do artigo 447, houve nova tentativa de acordo, sanada estará a nulidade. Nulidade relativa, porque norma de interesse público, mas direcionada às partes, no conceito de Galeno de Lacerda. Em conclusão, nulidade, se existente num rigor doutrinário, será relativa, passível de sanação face ao princípio da instrumentalidade das formas.

A interpretação pela “obrigatoriedade” dada à linguagem cogente da norma, porque apegada à literalidade, merece zelo. Melhor nos parece alçar a interpretação a nível sistemático-teleológico. Encaixando o artigo 331 no sistema processual vigente, mais propriamente, aliançando-o aos artigos 125, IV, 447 e 448, perceber-se-á, que eles se interam, cada qual com espaço próprio. Por outras palavras, a audiência conciliatória do artigo 331 não impossibilita conciliações no pório da demanda, antecedente, ou após, anteriormente ou quicá, até mesmo após a fase do 447. Numa só palavra “a qualquer tempo”, em qualquer momento processual, poderá haver tentativa de acordo em juízo. E conquanto essas oportunidades processuais, não eliminou-se a conciliação do artigo 447 (nessa visão sistemática, se realizada tentativa conciliatória em momento anterior à fase do artigo 331 e, ainda com probabilidade de ser repetida na audiência do 447, a “obrigatoriedade” do artigo 331 não subsiste. Se se entender obrigatórias as conciliações dos artigos 331 e 447⁶, quase nada, ou nada, provavelmente, sobrará à aplicação do artigo 125, IV. Para se dar rendimento ao artigo 125, IV, no procedimento comum ordinário, exige-se, numa visão sistemática, facultatividade e não obligatoriedade para a conciliação do artigo 331. Mas, qual a exegese da expressão cogente “designará”?

A expressão se traduzirá como obrigatória, se não tiver havido, antes do momento processual do artigo 331, tentativa conciliatória. Obriga o legislador reformista do C.P.C. propor-se a conciliação antes da fase instrutória propriamente dita, quando do fechamento da fase postulatória, em prol da celeridade e economia processuais; em prol da finalidade da pacificação; em prol da realização, em breve tempo, e com menor despesas processuais, do

⁶ Obrigatoriedade da audiência do artigo 447, entenda-se, quando deferida colheita de provas orais.

direito do consumidor de justiça; em prol de uma ordem jurídica justa (essa a exegese teleológica). Obrigatória a proposta de conciliação antes da complexa e morosa fase probatória plena.

Poder-se-á entender que, sendo obrigatória a conciliação do artigo 331, não deverá o juiz (e na praxe, é o que certamente ocorrerá) anteceder a conciliação em fases anteriores. Com este pensamento qual a valia do artigo 125, IV?

O juiz frente ao caso concreto, havendo evidências possibilistas ao acordo, porque se encontra o procedimento em estágio anterior ao 331, não designará audiência, frustrando provável acordo, que poderá, passado esse estágio, dificilmente se concretizar. Se realizar a audiência, e na fase do artigo 331 repetir a conciliação, e antes do artigo 447 uma vez mais, e no 447 uma vez mais, e após o 447, uma vez mais, qual a serventia do 331? Bastaria o 125, IV. De tudo ressuma, numa criação sistemática-teleológica, ser faculdade para o juiz designar audiência pacificatória no momento processual do artigo 331, sem qualquer desdobramento à seara das nulidades. A tese da obrigatoriedade poderá ensejar negação da própria *“mens legis”*. Melhor teria agido o legislador, houvesse optado pela expressão *“poderá designar”*.

Outro dado que o artigo encerra pertine à limitação a direitos disponíveis. Parece-nos dever ser entendida a literalidade do texto legal *“cum grano salis”*, haja vista, em tema familiar, como v.g., em uma ação de filiação, ser possível legalmente em audiência conciliatória reconhecer a paternidade. Também quanto ao prazo “máximo de trinta dias”, temperamentos se permitir-se-ão frente às situações concretas dos órgãos jurisdicionais, como a praxe forense já consolidou, na aplicabilidade conjugada aos artigos 187 e 198, ambos do C.P.C.

A fixação dos pontos controvertidos e a determinação das provas serão decididas na própria audiência preliminar, ato processual complexo, colocando-se esta fase como independente da fase anterior da conciliação. Entendemos, outrossim, que, interpretando o magistrado, frente ao caso *“sub judice”*, cuidar-se de fase instrutória dificultosa, porque “norma cogente, mas com predominante interesse das partes”(produção de provas), a gerar, quando muito, nulidade relativa - quando então, incidente o princípio da instrumentalidade das formas -

permissível fixação de prazo para as partes indicarem as provas que pretendam produzir. Sempre é bom lembrar, não esbarrar o artigo em comento, relativamente às provas, no princípio dispositivo que garante às partes a quantificação da lide a ser posta em prejuízo (p.e. apenas danos materiais ou danos materiais e danos estéticos) e propor provas. Negar-se às partes (autor, réu, terceiros intervenientes) o direito à proposição das provas com as quais pretendem valer seus direitos, suas pretensões, significará agressão aos princípios constitucionais do acesso ao judiciário, do contraditório e do devido processo legal. À linguagem legal do artigo 331, não se retira o respeito a esses elevados dogmas processuais-constitucionais. O juiz poderá determinar, de ofício, as provas que entender necessárias à formação da sua convicção, como já o permitia o artigo 130 do Estatuto Processual, mas, facultado também às partes a indicação e a produção de outras provas. Situações anômalas, patológicas encontrarão amparo nos artigos 14 a 18. Impossível arredar-se o direito constitucional-processual das partes na produção probatória, sequer em nome da celeridade, deformalização, etc.

No que concerne ao alcance da expressão conciliação, na linha do ensino de Cândido Rangel Dinamarco⁷ viável a extrapolação aos lindes da demanda trazidos com a petição inicial, em simetria legal aos termos do artigo 584, III, abrangendo “questão (ou questões) não posta(s) em juízo”, bem como em harmonia sistemática como artigo 55 da Lei das Pequenas Causas. Também feliz a posição exegética do ilustre mestre açambarcando no vocábulo “conciliação”, não só a transação, bem como o reconhecimento jurídico do pedido e a renúncia ao direito.

No campo recursal, o ato decisório do juiz de designação da audiência preliminar do artigo 331, encaixável na redação do artigo 504 (“dos despachos de mero expediente não cabe recurso”), sendo certo, porém, que se, no caso concreto, houver eventual prejuízo à parte, transmudando-se a natureza da decisão em “despacho de não mero expediente”, abrem-se as vias recursais para o agravo⁸ ou a correição parcial em se carecterizando tumulto

⁷ Op. cit., pg. 129

⁸ Com a nova configuração do recurso de agravo traçada no projeto de lei n. 2797, de 1992, reza o artigo 522 serem suscetíveis de agravo as “decisões interlocutórias”.

processual ou inversão procedimental.

Em casos agudos (provavelmente raros), não arredada a via do “*mandamus*” contra ato judicial, ação com “status” constitucional, com a eficácia potencializada, a repudiar interpretações restritivas a sua aplicabilidade.

Igualmente inafastáveis as vias recursais, nos moldes acima descritos, ocorrente superação do momento processual do artigo 331 sem designação da audiência e demonstrado, é evidente, o prejuízo, dentro do entendimento da natureza de nulidade relativa à não obediência ao preceito. Entendida como nulidade absoluta, dúvida não se põe, porque insanável, a busca da sanação seja por mera petição ou pelos mecanismos recursais, ação impugnativa ou medida correcional.

Instaurada a audiência, e ainda em seara recursal, os atos decisórios (despachos de não mero expediente, decisões interlocutórias e eventual sentença - encerrando, neste último caso, a relação processual), até porque ato processual composto a audiência preliminar do artigo 331, serão também passíveis de recursos, ações impugnativas e medidas correccionais, obedecidos os pressupostos objetivos e subjetivos.

Com relação à intervenção de terceiros, facultando o sistema processual ao oponente o oferecimento da oposição “até ser proferida a sentença”(artigo 56) e rezando os artigos 59 e 60 que se oferecida a oposição “antes da audiência”, será apensada aos autos principais com a ação, sendo ambas julgadas pela mesma sentença, e, ainda, se oferecida “depois de iniciada a audiência”, seguirá a oposição o procedimento ordinário da causa principal, compreendemos dever a expressão “audiência” continuar se referindo à “audiência de instrução e julgamento”. Por este raciocínio, apresentada a oposição após a audiência preliminar; conciliação poderá haver com fulcro no artigo 125, IV, ou, se na abertura da eventual audiência preliminar, ofertada for oposição, em havendo tempo hábil, e em prol da celeridade, poderá, sem prejuízo do prazo de resposta aos opostos, haver intimação ao oponente para essa audiência. Pergunta-se: em não havendo tempo hábil (p.e. oposição distribuída por dependência na véspera) antecedente à audiência preliminar para a intimação do oponente, a audiência

se realizará perfeitamente, e acaso concretizada a conciliação, com a conseqüente extinção do processo, ao oponente restará a interposição independente de outra ação em face dos então oponentes. Em não concretizada, a demanda prosseguirá com a fase de resposta à oposição concomitantemente com a fase instrutória da ação originária, se entender o magistrado não proporcionar tumulto e eventual prejuízo a qualquer das partes (opponente e opostos). Poderá, inclusive, caso não iniciada a fase instrutória propriamente dita, designar nova audiência preliminar, até porque natureza típica de ação a figura da oposição, desta feita entre oponente e opostos. Se iniciada a fase propriamente de produção de provas, dado o fenômeno da preclusão a fechar cada fase procedimental, poderá, invocando o artigo 125, IV, designar nova audiência conciliatória. Se um dos opostos, na audiência (preliminar ou conciliatória) reconhecer a procedência do pedido trazido pelo oponente, pela letra do artigo 58, contra o outro (não havendo conciliação) prosseguirá a demanda.

Interessante observar não ter-se, por esta forma, julgamento com cisão da matéria de mérito, condenada pela melhor doutrina⁹.

Em análise de direito intertemporal, aplica-se a regra geral, apanhamento o recém inaugurado instituto da audiência preliminar os processos em curso, cuja fase processual antecede a do artigo 331, ou nesta fase se encontrem. Para os procedimentos cujos atos processuais já adentram a fase instrutória propriamente dita, ultrapassado, pois, o chamado “despacho saneador”, conciliações existirão por força dos artigos 125, IV e 448.

Do exposto, concluímos, por-se com muita propriedade e ocasião o instituto da audiência preliminar, bem amoldado aos venturosos ares novos reconstrutores da ciência processual civil voltados a uma ordem jurídica justa.

⁹ Ensina Cândido Rangel Dinamarco “Antecipar o julgamento de parte das questões de mérito seria, como se disse, cindir ilegítimamente o julgamento deste”- op. cit. Pg. 133.